

GE_GERICHTE ATA/164/2011 vom 15. März 2011

GE Cour de justice, 2011-03-15, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_164_2011

FR: GE_GERICHTE ATA/164/2011 du 15 mars 2011

IT: GE_GERICHTE ATA/164/2011 del 15 marzo 2011

Regeste

Résumé: Recours contre le refus de la ville de rendre une décision en matière de publication d'annonces d'offres d'emploi dans les journaux. La ville procède de gré à gré et publie ses annonces dans deux quotidiens genevois. La publication d'une offre d'emploi dans un journal à Genève par la ville ne correspond pas à une demande qui pourrait être satisfaite par une mise en concurrence de toutes les publications que peuvent lire les résidents du canton de Genève et par l'adjudication à un seul soumissionnaire, telle que la prévoit le droit des marchés publics. En conséquence, les choix faits entrent dans le pouvoir d'appréciation laissé à l'autorité en la matière. La recourante ne peut faire valoir aucun droit et. n'a pas non plus celui d'obtenir une décision formelle fondée sur l'art. 4A LPA.

Erwägungen

E. 1

Depuis le 1er janvier 2011, suite à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05), l'ensemble des compétences jusqu'alors dévolues au Tribunal administratif ont échu à la chambre administrative de la Cour de justice, qui devient autorité supérieure ordinaire de recours en matière administrative (art. 131 et 132 LOJ).

Les procédures pendantes devant le Tribunal administratif au 1er janvier 2011 sont reprises par la chambre administrative (art. 143 al. 5 LOJ). Cette dernière est ainsi compétente pour statuer de ce point de vue.

E. 2

Saisie d'un recours, la chambre administrative applique le droit d'office. Elle ne peut pas aller au-delà des conclusions des parties, mais n'est liée ni par les motifs invoqués par celles-ci (art. 69 al. 1 LPA), ni par leur argumentation juridique.

A cet égard, le droit d'être entendu ne contient pas non plus d'obligation de discuter tous les griefs et moyens de preuve de la recourante ; il suffit que le juge examine ceux qui sont pertinents pour l'issue du litige (ATF 133 II 235 consid. 5.2 ; 129 I 232 consid. 3.2 ; 126 I 97 consid. 2b).

- 8/13 - A/2301/2010

E. 3

La recourante fonde son recours sur le droit à la cessation d'un acte illicite de la ville qui serait constitué par le boycott de sa publication. En ne rendant pas de décision formelle constatant l'illicéité de son comportement, l'intimée aurait commis un déni de justice.

E. 4

Lorsqu'une autorité administrative mise en demeure refuse sans droit de statuer ou tarde à se prononcer, son silence est assimilé à une décision. La voie du recours à la chambre administrative est dès lors ouverte en tout temps (art. 132 al. 2 LOJ ; art. 56A de l'ancienne loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - aLOJ ; art. 4 al. 4 et 62 al. 6 LPA).

E. 5

Pour déterminer si la ville a en l'espèce commis un déni de justice, il convient tout d'abord d'examiner si celle-ci devait rendre une décision.

a. L'art. 4A LPA confère à toute personne ayant un intérêt digne de protection le droit d'exiger que l'autorité compétente pour les actes fondés sur le droit fédéral, cantonal ou communal et touchant à des droits ou des obligations statue par décision.

b. L'art. 4A LPA a une teneur calquée sur l'art. 25a de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (PA - RS 172.021) qui a été introduit par le législateur fédéral pour garantir l'accès au juge prévu par l'art. 29a de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) et par l'art. 6, ch. 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH - RS 0.101).

Le droit d'accès au juge tel que prévu par ces dispositions ne vise pas à créer de nouveaux droits matériels sans fondement légal, mais à accorder une protection procédurale à des droits reconnus (Arrêt CEDH cause H. c. Belgique, du 30 novembre 1987, Série A, vol 127-B, par. 41ss cité dans l'exposé des motifs du conseil d'Etat à l'appui du PL 110253, p. 25, MGC (en ligne), séance 42 du 22 mai 2008 à 17h00).

Il s'agit dès lors d'examiner si la recourante peut se prévaloir d'un droit qui aurait été violé par le comportement de la ville en matière de conclusion de contrats de publication d'annonces.

E. 6

A cet égard, la recourante allègue être victime d'un de boycott.

a. Le boycott se définit communément comme la « rupture collective des relations commerciales avec un magasin, une entreprise, un groupe économique, un Etat, etc. » (cf. 9ème dictionnaire de l'Académie française, consulté à l'adresse <http://atilf.atilf.fr/academie9.htm> le 9 mars 2011). En tant que telle, cette notion n'apparaît pas dans la législation suisse mais elle correspond à des notions relevant de la législation en matière de concurrence.

- 9/13 - A/2301/2010

b. La LCart, qui a pour but d'empêcher les conséquences nuisibles d'ordre économique ou social imputables aux cartels et aux autres restriction à la concurrence et de promouvoir ainsi la concurrence dans l'intérêt d'une économie de marché fondée sur un régime libéral (art. 1 LCart), a été appliquée dans des cas de boycott. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le boycott peut représenter une entrave à la concurrence tel que proscrit par la LCart s'il répond aux autres conditions d'illicéité prévues (ATF 102 II 427). Par contre, la LCart ne s'applique qu'aux entreprises de droit privé ou de droit public qui sont parties à des cartels ou à d'autres accords en matière de concurrence, qui sont puissantes sur le marché ou participent à des concentrations d'entreprises (art. 2 LCart).

c. Le boycott pourrait également entrer dans le champ d'application de la LCD. Or cette loi, qui a pour objectif de réglementer le comportement des entreprises et de garantir une concurrence loyale entre elles, ne s'applique, par définition, qu'aux acteurs du marché se trouvant dans un rapport de concurrence.

En conséquence, le présent litige ne concerne pas une question réglée par la LCart ou la LCD et ces dernières ne fondent dès lors aucun droit dont pourrait se prévaloir la recourante.

E. 7

La recourante allègue également la violation de son droit de prestataire de services du fait qu'elle a été injustement écartée par la ville au mépris du droit des marchés publics.

a. Par l'adoption de règles en matière de marchés publics, le législateur a transformé les commandes publiques, actes contractuels des collectivités qui n'étaient auparavant pas des décisions et échappaient à toute voie de recours, en des actes décisionnels, susceptibles de faire l'objet de recours et devant répondre aux principes de base de transparence de la procédure et d'égalité des chances entre les soumissionnaires (B. BOVAY, La non-discrimination en droit des marchés publics, RDAF 2004 I p. 227).

Il y a marché public lorsqu'une commune se procure auprès d'une entreprise privée un bien ou service moyennant un prix qu'elle s'engage à payer (ATF 125 I 209, consid 6a). La réglementation sur les marchés publics a notamment pour but de garantir une authentique concurrence entre les soumissionnaires (art. 1 al. 3 let a de l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 - AIMP - L 6 05 ; 125 II 86) et s'applique en matière de services (art. 6 al. 1 let. c AIMP).

E. 8

a. Sauf disposition contraire contenue dans l'AIMP, la procédure en matière de marchés publics est réglée par la LPA (art. 3 al. 4 l de la loi autorisant le Conseil d'Etat à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 12 juin 1997 (L- AIMP - L 6 05.0).

- 10/13 - A/2301/2010

b. Le recours contre une décision d'adjudication de gré à gré doit être déposé auprès du Tribunal administratif dans un délai de dix jours dès la notification de la décision d'adjudication (art. 15 al. 2 AIMP ; art. 3 al. 1 L-AIMP).

En l'espèce, aucune procédure d'adjudication n'ayant été utilisée par l'intimée, cette dernière n'a pas rendu de décision d'adjudication. Elle a fait connaître sa position dans différents courriers adressés à la recourante, dont le dernier datant du 5 mai 2010.

E. 9

Dans le cadre du droit des marchés publics, s'il n'y a eu ni publication ni notification individuelle, le délai de recours ne commence pas à courir mais, dès que l'intéressé a pris connaissance de la décision contestée, il ne peut rester inactif et doit contacter l'entité adjudicatrice pour obtenir la notification individuelle de la décision et sa motivation. S'il n'intervient pas avec toute la diligence voulue, il risque de se voir opposer l'irrecevabilité de son recours pour cause de tardiveté (D. ESSIVA; Calcul du délai de recours contre une décision d'adjudication de gré à gré, in Droit de la construction, 2000, p. 52).

En l'espèce, la question de savoir si le recours de Plurality est tardif ou non, souffrira de rester ouverte, vue l'issue du litige.

E. 10

Les contrats de publication d'annonces d'offres d'emploi dans les journaux sont conclus de gré à gré par la ville qui a choisi deux quotidiens genevois pour y publier ses annonces.

a. Les procédures d'adjudication mises en place par l'AIMP ont pour but de faire jouer la concurrence en faveur d'une utilisation parcimonieuse des deniers publics. Elles garantissent aussi l'égalité de traitement à tous les soumissionnaires et assurent l'impartialité de l'adjudication (art. 1 al. 3 AIMP).

b. L'adjudication de gré à gré est possible pour les marchés publics de services d'une valeur allant jusqu'à CHF 150'000.-. La procédure sur invitation est prévue pour les marchés jusqu'à CHF 250'000.- et la procédure ouverte ou sélective l'est dès CHF 250'000.- (art. 7 al. 1bis et annexe 2 AIMP).

E. 11

Il convient en premier lieu de définir plus précisément la prestation concernée en l'espèce et de déterminer si l'on se trouve véritablement en présence d'un marché public, condition nécessaire à l'application des procédures contenues dans l'AIMP.

Le marché se définit notamment comme le lieu théorique où se rencontre l'offre et la demande (cf. <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/marché> consulté le 9 mars 2011).

La demande ici, est celle de la ville de faire publier ses offres d'emploi afin qu'elles soient vues par le plus grand nombre d'intéressés susceptibles de remplir les exigences des postes concernés.

- 11/13 - A/2301/2010

A cet égard, il convient de prendre en compte le fait que les fonctionnaires de la ville doivent être domiciliés dans le canton de Genève (art. 28 du Statut du personnel de l'administration municipale du 3 juin 1986 - LC 21 151).

Pour cette raison, il paraît évident de limiter la publication des offres d'emploi aux journaux principalement distribués et lus à Genève. En la matière, l'offre, à savoir le cercle des publications potentiellement concernées s'avère très restreint. En outre, on peut raisonnablement admettre que chaque journal possède son propre lectorat dont un certains nombre d'abonnés.

A cela s'ajoute le fait que pour atteindre la cible souhaitée, il convient de privilégier les journaux qui publient régulièrement de nombreuses offres d'emploi, notamment sous forme de carnet spécial. En effet, le nombre de lecteurs touchés par une offre isolée dans une publication destinée en priorité à d'autres lecteurs (presse thématique) est forcément inférieure à celui d'une offre faite dans les pages « emploi » d'un quotidien, qui seront lues en priorité par le public visé.

Il découle de ce qui précède que les différentes publications ne proposent en fait pas des offres comparables en matière d'annonces. En conséquence, la publication d'une offre d'emploi dans un journal à Genève, dans la situation décrite ci-dessus ne correspond pas à une demande qui pourrait être satisfaite par une mise en concurrence de toutes les

publications que peuvent lire les résidents du canton de Genève et par l'adjudication à un seul soumissionnaire, telle que la prévoit le droit des marchés publics.

Au contraire, la multiplication des cocontractants est nécessaire pour atteindre le but recherché, à savoir toucher le plus grand nombre de lecteurs. Ces objectifs ne seraient pas atteints par la publication d'annonces, dans un seul journal, avec le même budget, comme cela serait le cas à l'issue d'une procédure d'attribution d'un marché public.

En l'espèce, il ressort des pièces figurant au dossier que dans la mesure où les moyens alloués à ce poste du budget l'ont permis, la ville a multiplié le nombre de cocontractants et l'a diminuée au gré des variations du budget, conformément aux objectifs d'efficacité décrits ci-dessus.

Au vu de ce qui précède, force est de constater que la prestation ne peut être soumise à une procédure ouverte ou sélective telle que prévue par l'AIMP.

La solution serait identique si la prestation était définie comme la publication dans plusieurs journaux, chaque contrat représentant alors un marché différent. Dans ce cas, le seuil minimal prévu par l'AIMP n'est pas atteint et la procédure de gré à gré suivie par la ville est conforme au droit applicable.

- 12/13 - A/2301/2010

En conséquence, les différents choix faits par la ville en la matière l'ont été dans le cadre de son pouvoir d'appréciation. La recourante n'a ainsi aucun droit à la conclusion d'un contrat avec la ville.

Il découle de ce qui précède que la recourante ne peut invoquer aucune disposition légale fondant un droit à faire valoir et n'a donc pas non plus celui d'obtenir une décision formelle de la ville, fondée sur l'art. 4A LPA.

En conséquence, le recours sera rejeté dans la mesure où il est recevable.

E. 12

La recourante a déposé conjointement une action pécuniaire portant sur la réparation d'un dommage correspondant au manque à gagner généré par le refus de la ville de faire publier des annonces d'offres d'emploi dans le journal hebdomadaire qu'elle édite.

a. Cette demande ne saurait être fondée sur l'art. 56G LOJ qui réserve l'action contractuelle aux litiges qui ne peuvent pas faire l'objet d'une décision et qui découlent d'un contrat de droit public (art. 56G al. 1 LOJ). Tel n'est pas le cas en l'espèce.

b. En outre, le droit à une indemnisation est régi, en droit public, par la loi sur la responsabilité de l'Etat et des communes du 24 février 1989 (LREC - A 2 40). Selon l'art. 7 LREC, c'est le Tribunal de première instance qui est compétent pour statuer sur les demandes s'y rapportant (ATA/142/2011 du 8 mars 2011; ATA/286/2009 du 16 juin 2009 ; ATA/145/2009 du 24 mars 2009).

Partant, la prétention de la recourante au titre de réparation d'un dommage qui serait causé par la ville est irrecevable. Conformément à l'art. 64 al. 2 LPA, il n'y a pas lieu de transmettre d'office le recours au Tribunal de première instance, ce dernier n'étant pas une juridiction administrative au sens de l'art. 6 LPA.

E. 13

Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'500.- sera mis à la charge de la recourante, qui succombe. Aucune indemnité de procédure ne sera allouée à l'intimée qui n'y a pas conclu à juste titre (art. 87 LPA ; ATA/161/2008 du 8 avril 2008). * * * * *

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.